

**LA SUBORDINACIÓN DEL ACERVO SCHENGEN AL DE LA UNIÓN  
EUROPEA. Comentario a la sentencia del TJCE de 31 de enero de 2006. AS.  
C-503/03, Comisión Europea c. España**

Por

M. AMPARO ALCOCEBA GALLEGO  
Profesora Contratada. Doctor de Derecho Internacional Público  
Universidad Carlos III de Madrid

[revistas@iustel.com](mailto:revistas@iustel.com)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ORIGEN DEL LITIGIO.- III. LA PREVALENCIA DEL ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL ACERVO SCHENGEN.- IV. LA SUPERACIÓN DE LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE LAS DISPOSICIONES DEL SIS Y EL DERECHO COMUNITARIO: 1. *Las condiciones de inscripción en el SIS*. 2. *El funcionamiento del SIS*.- V. EL CONTROL DEL TJCE SOBRE EL ACERVO SCHENGEN: 1. *El funcionamiento de la integración diferenciada como calco de la Unión*. 2. *La subordinación de la integración diferenciada al acervo de la Unión*. 3. *El origen de la integración diferenciada: de Derecho originario o de Derecho derivado*.- VI. CONSIDERACIONES FINALES.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El pasado 31 de enero de 2006 el TJCE declaraba el incumplimiento por parte de España de los artículos 1 a 3 de la Directiva 64/221 del Consejo de 25 de febrero, relativa a la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública <sup>1</sup>.

La simple lectura de esta sentencia (sin perjuicio de un estudio pormenorizado posterior) muestra que ésta, más allá de ser una mera declaración de incumplimiento de Derecho comunitario, adquiere relevancia por dos razones fundamentales que ahora simplemente enuncio. De un lado, es la primera sentencia en la que el TJCE define las relaciones entre Acervo de la Unión Europea e Integración diferenciada. De otro lado,

---

<sup>1</sup> Desde el 29 de abril de 2006 esa Directiva ha sido sustituida por la directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158 de 30 de abril).

esta sentencia confirma que las libertades fundamentales que reconoce el Derecho comunitario, en este caso concretamente la libre circulación de personas, constituyen un límite a la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión que algunos Estados miembros quieren poner en marcha sólo entre ellos. Pero además de esto, o mejor dicho, a consecuencia de ello, esta sentencia invita a reflexionar sobre el control que puede ejercer el TJCE sobre la integración diferenciada. A estas cuestiones están destinadas las siguientes páginas.

## II. ORIGEN DEL LITIGIO

Entre febrero de 1999 y junio de 2001 las autoridades españolas denegaron la entrada en territorio español y el visado a dos nacionales argelinos casados con nacionales españolas, a causa de su inscripción en la lista de no admisibles del Sistema de Información Schengen (SIS) por sendas condenas penales.

Conocidos los hechos, la Comisión Europea interpuso el 27 de noviembre de 2003 un recurso por incumplimiento de Derecho comunitario contra España en aplicación del art. 226 TCE. La Comisión consideraba que la actuación de las autoridades españolas, negando visado y entrada en territorio español a dos nacionales de terceros Estados casados con españolas por su sola inscripción en el SIS, constituía una actuación contraria a los arts. 1, 2, 3 y 6 de la Directiva 64/221 de 25 de febrero para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública <sup>2</sup>.

España argumentó en su defensa que simplemente se había limitado a cumplir la letra de los arts. 5 y 15 del CAAS (Convenio de Aplicación de Schengen) que, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, se había integrado en la Unión Europea en virtud del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea <sup>3</sup>, también denominado Protocolo Schengen.

El planteamiento del litigio exige entonces examinar, de un lado, la compatibilidad entre las disposiciones de la Directiva y las disposiciones Schengen y, de otro, la relación jurídica entre esas disposiciones Schengen y las disposiciones de la Directiva. Para ello, en primer lugar, tal y como hacen el TJCE y la Abogada General, ha de estudiarse la relación jurídica entre el Acervo Schengen y el Acervo de la Unión Europea.

---

<sup>2</sup> Vid. Comunicación al DO del Recurso interpuesto el 27 de noviembre de 2003 contra el Reino de España por la Comisión de las Comunidades Europeas. As. 503/03. DO C 21 de 24 de enero de 2004.

<sup>3</sup> Vid. Pár. 31 STJCE.

Ello, porque que de tal relación jurídica va a depender la interpretación que pueda hacerse del contenido concreto de ambos acervos en caso de que exista un conflicto de contenido entre ellos <sup>4</sup>.

### **III. LA PREVALENCIA DEL ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL ACERVO SCHENGEN**

Como veremos, la interpretación que el TJCE hace del Acervo Schengen en relación con el SIS no es, desde luego, la que prevé el CAAS. No obstante, es la única que hace posible la conformidad del Acervo Schengen con el Acervo de la Unión. La exigencia de aplicar el CAAS de conformidad con el Acervo de la Unión estaba originariamente en la propia letra de este Convenio <sup>5</sup>. Actualmente, tal exigencia se desprende no sólo de la letra del Protocolo anejo al TUE por el que se integra el Acervo Schengen en la Unión Europea, sino de la propia naturaleza que ha adquirido el Acervo Schengen, y por tanto el CAAS, desde su integración en la Unión Europea a través de tal Protocolo <sup>6</sup>.

Una vez que se integra el acervo de Schengen en la Unión Europea, la propia naturaleza de este acervo a consecuencia de tal integración exige una interpretación del mismo coherente con el marco en el que se integra. La integración del Acervo Schengen en la Unión Europea ha convertido a éste en una forma de integración diferenciada, esto es, en una muestra de cómo un grupo de Estados miembros puede utilizar los mecanismos, procedimientos e instituciones de la Unión Europea para dotarse de un

---

<sup>4</sup> Conviene recordar que el caso de uno de los argelinos tiene lugar en relación con la expedición de visado y antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y, por tanto, de la integración de Schengen en la Unión Europea, si bien este hecho no tiene relevancia.

<sup>5</sup> Art. 134 del CAAS: "Las disposiciones del presente Convenio únicamente serán aplicables en la medida en que sean compatibles con el Derecho comunitario".

<sup>6</sup> Vid., además del Protocolo, la Decisión n.º 435 del Consejo de 20 de mayo de 1999, sobre la definición de Schengen a efectos de determinar, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo (DOCE L 176 de 10 de julio de 1999) y la Decisión n.º 436 del Consejo de 20 de mayo de 1999, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen (DOCE L 176 de 10 de julio de 1999). Vid. también el contenido detallado del acervo Schengen en DOCE L 239 de 22 de septiembre de 2000.

sistema normativo aplicable solo a ellos; concretamente, esta integración diferenciada en el ámbito Schengen es una cooperación reforzada <sup>7</sup>.

La Unión Europea se concibe inicialmente como una Comunidad de Derecho en un triple aspecto: *una misma norma, un mismo juez y una misma fuerza obligatoria* para todos sus Estados miembros <sup>8</sup>. Esto quiere decir que la Unión Europea se concibe en principio como una Comunidad de Derecho porque *todos* sus Estados Miembros se someten al mismo Derecho, el Derecho de la Unión, en las materias objeto de transferencia de competencias soberanas para, así, conseguir objetivos comunes. Tal Comunidad de Derecho, tal unicidad de Derecho para *todos* sus destinatarios, tiene su base en la igualdad de transferencia de competencias por parte de todos los Estados miembros a la Unión y en su efectividad para todos ellos. En un sistema de integración diferenciada (uno de cuyos ejemplos es Schengen), no todos los Estados miembros se comprometen en idéntico grado en la Unión y no todos realizan la pertinente transferencia de competencias o ésta no se hace efectiva para todos los Estados miembros mientras estos no lo deseen (Reino Unido e Irlanda no forman parte de la totalidad de Schengen, por ejemplo). En consecuencia, el Derecho que surge de esa mayor integración en la Unión no es único para todos los Estados miembros y, consecuentemente, no tiene una única significación y fuerza obligatoria para todos ellos. La inexistencia de un contenido, aplicación e interpretación uniformes de este Derecho en todos los Estados miembros de la Unión, no es una exigencia inherente a la consecución de objetivo alguno de la Unión en sentido estricto sino, simplemente, el resultado de la voluntad de algunos Estados miembros de utilizar el sistema de la Unión para alcanzar un objetivo entre ellos. El objetivo no es ya, por tanto, un objetivo de la Unión en sentido estricto sino el objetivo de sólo algunos Estados miembros en su interior. La uniformidad en el contenido, aplicación e interpretación de ese Derecho en todos los Estados miembros de la Unión Europea en el futuro depende de su voluntad de obligarse por tal Derecho realizando la pertinente transferencia de competencias o, según el caso, participando efectivamente en el nivel de integración superior del que aquél es expresión. Ese Derecho de la integración diferenciada, por no ser un Derecho uniforme en su contenido y, consecuentemente, ni en su significación, ni aplicación, no tiene los elementos fundamentales del Derecho de la Unión que aseguran su uniformidad y unidad: igualdad de atribución de derechos soberanos a la Unión por todos

---

<sup>7</sup> Sobre las expresiones cooperación reforzada e integración diferenciada vid. ALCOCEBA GALLEGO, M.A., *Fragmentación y diversidad en la construcción europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 39 y ss.

<sup>8</sup> Vid. LECOURT, R., *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, pág. 227.

sus Estados miembros, efectividad de la transferencia de competencias para todos los Estados miembros, aparato institucional único, obligatoriedad del Derecho para la totalidad de los Estados miembros de la Unión, primacía, aplicabilidad directa y efecto directo de este Derecho sobre los ordenamientos internos de todos los Estados miembros, responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por el incumplimiento de ese Derecho y función del sistema jurisdiccional previsto.

Las instituciones de la Unión se conciben inicialmente para la consecución de sus objetivos, objetivos asumidos por la *totalidad* de los Estados miembros. La acción de las instituciones de la Unión no responde sino a la efectividad de las competencias atribuidas por *todos* los Estados miembros en determinadas materias para la consecución de tales objetivos.

La función de las instituciones en el marco de una profundización en la Unión por sólo algunos Estados miembros, de una integración diferenciada en la Unión, susceptible de prolongarse indefinidamente, no es la consecución de objetivos de la Unión en sentido estricto, sino la consecución de determinados objetivos de tales Estados miembros en el interior de aquélla. Habida cuenta de que la existencia de objetivos comunes es el *prius*, *fundamento, campo de acción y de aplicación de la Unión* <sup>9</sup>, desde el momento en que en un determinado ámbito no existen objetivos de la Unión, podemos decir que ésta tampoco existe y, en consecuencia, tampoco existen sus instituciones. Desde el momento en que los Estados miembros no tienen idénticos *objetivos* y, consecuentemente, no realizan idéntica transferencia de competencias a la Unión o esta transferencia no se hace efectiva para todos ellos, las instituciones de la Unión carecen del presupuesto para su existencia.

De todo esto se desprende que el sistema jurídico e institucional de la integración diferenciada, no puede considerarse de la Unión *stricto sensu* o *en sentido material*, sino sólo *lato sensu* o *en sentido formal* en cuanto que se desarrolla en su interior.

Un sistema de integración diferenciada cuenta con todas las características del sistema de la Unión y, en ese sentido, está *asimilado* al de la Unión, es una réplica de él <sup>10</sup>, se desarrolla en su interior y, en consecuencia, en su respeto; en definitiva, se

---

<sup>9</sup> Vid. CONSTANTINESCO, L., "La spécificité du droit communautaire", *RTDE*, 1966, n.º 2, pág. 15.

<sup>10</sup> En este sentido vid.: BRIBOSIA, H., "De la subsidiarité à la coopération renforcée". En Lejeune, Yves (coord.), *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pág. 59; Id., "Différentiation et avant-gardes au sein de l'Union Européenne. Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam", *CDE*, 2000, n.º 1-2, pág. 71; TUYTSCHAEVER, F., *Differentiation in European Union Law*, Oxford, Hart Publishing, 1999, pág. 63.

*subordina* a él <sup>11</sup>. Esto significa que sólo se puede poner en marcha una integración diferenciada *sobre* el nivel de integración alcanzado hasta entonces, con el fin de evitar cualquier afectación negativa a éste. En consecuencia, las relaciones entre la Unión y el círculo de Estados que participan en la mayor integración se rigen por la *subordinación* del segundo a la primera. Así puede desprenderse, además, del art. 10, 2.º pár. TCE, que exige a los Estados miembros que se abstengan de poner en peligro los fines del Tratado. Por otro lado, del mismo artículo se desprende también que los Estados miembros no participantes en la integración diferenciada deben abstenerse de obstaculizar la práctica de esa profundización; lo contrario supondría actuar en contra de las propias disposiciones del Tratado que autorizan su puesta en marcha <sup>12</sup> y podría generar quizás ciertas tensiones desestabilizadoras dentro de la Unión <sup>13</sup>.

El art. 1 del Protocolo Schengen reconoce la aplicación y desarrollo del Acervo como una forma de integración diferenciada cuando *autoriza* a los Estados miembros de la UE signatarios de los Acuerdos de Schengen a establecer entre sí una *cooperación reforzada* en el ámbito de tales acuerdos utilizando el marco institucional y jurídico de la Unión. Además, este Protocolo recoge expresamente la lógica de la integración diferenciada antes descrita en cuanto que en el tercer párrafo de su Preámbulo puede leerse que “Lo dispuesto en el acervo de Schengen sólo puede aplicarse en la medida en que sea compatible con el Derecho de la Comunidad y de la Unión” <sup>14</sup> y su art. 1 exige que la cooperación reforzada Schengen se lleve a cabo “respetando las disposiciones pertinentes del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”. Dice el TJCE en su Sentencia de 31 de enero que “Esta disposición es la expresión particular del principio enunciado en el artículo 43 UE,

---

<sup>11</sup> Vid. BRIBOSIA, H., “De la subsidiarité...”, op. cit., pág. 63; AREILZA CARVAJAL, J.M.; DASTIS QUECEDO, A., “Flexibilidad y cooperaciones reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?”, *RDCE*, 1997, n.º 1, vol. 1, pág. 25.

<sup>12</sup> Vid. arts. 40 TUE, arts. 43 y ss. TUE, arts. 11 y ss. TCE y Protocolos anejos sobre Schengen, Reino Unido e Irlanda sobre el Título IV TCE y el art. 14 TCE, el Protocolo sobre Dinamarca, además de los Protocolos sobre Reino Unido e Irlanda sobre UEM. Vid. TUYTSCHAEVER, F., *Differentiation...* op. cit., pág. 176.

<sup>13</sup> Vid. En este sentido MONAR, J., “Schengen and flexibility in the Treaty of Amsterdam: Opportunities and risks of differentiated integration in EU Justice and Home Affairs”. En Den Boer, M. (ed.), *Schengen, Judicial and Policy coordination*, EIPA, Maastricht, 1997, pág. 13.

<sup>14</sup> Si bien es cierto que también puede afirmarse que en realidad este texto sólo recoge lo que ya aparecía en el art. 134 del CAAS.

apartado 1, según el cual una cooperación reforzada debe respetar dichos Tratados y el marco institucional de la Unión, así como el acervo comunitario" <sup>15</sup>.

Mediante una integración diferenciada como es Schengen, los Estados miembros que lo desean trasladan sus objetivos a la estructura de la Unión adaptándola a la no participación en ella de todos los Estados miembros. Supone la creación de un *sistema de integración* dentro del sistema de integración de la Unión previamente existente, un *subsistema de integración, una Unión Europea en el interior de la Unión Europea* existente, integrada en ella, pero ni sus instituciones ni su Derecho son de la Unión *stricto sensu*. Se trata, por tanto, de un subsistema de integración, una sub-Unión Europea en el interior de la Unión Europea.

El actual Protocolo Schengen establece que todo el Acervo Schengen <sup>16</sup> es aplicable a los Estados miembros de la UE que forman parte de Schengen <sup>17</sup>. Inicialmente el Reino Unido e Irlanda no formaban parte de Schengen; por tanto la inclusión de este Acervo, mediante el Tratado de Amsterdam, en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea sólo afectó entonces a trece de los quince Estados miembros. Por eso, la aplicación y desarrollo del Acervo de Schengen en sólo algunos de los Estados miembros de la Unión Europea se configuraba como un claro ejemplo de integración diferenciada (con independencia de su reconocimiento expreso como tal en la letra del Protocolo). No obstante, Reino Unido e Irlanda podían decidir participar total o parcialmente en esta integración diferenciada, tal y como finalmente ha ocurrido <sup>18</sup>. Dinamarca, por su parte, Estado firmante de los Acuerdos de Schengen, se negaba en 1997 a la inclusión del acervo Schengen en la Unión Europea en la medida en que éste y su desarrollo pudieran adquirir las características del *sistema comunitario*. Como solución, el Protocolo Schengen y el Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al TUE establecen ciertas particularidades en el estatuto jurídico de Dinamarca en relación con estas disposiciones: Dinamarca no ve afectada en el sentido comunitario su relación con el Acervo Schengen ni con el resto de los Estados miembros firmantes de tales

---

<sup>15</sup> Pár. 34.

<sup>16</sup> Vid. a este respecto la Decisión n.º 435 y la Decisión n.º 436, *cits.* y el contenido detallado del acervo Schengen en DOCE L 239 *cit.*

<sup>17</sup> Vid. art. 2 Protocolo,

<sup>18</sup> Vid. arts. 4 y 5 Protocolo Schengen; Decisión del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre la solicitud del Reino Unido de incorporarse a parte del acervo Schengen (DOCE L 131 de 1 junio de 2000) y Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002 sobre la solicitud de Irlanda de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen (DOCE L 64 de 7 de marzo de 2002).

Acuerdos <sup>19</sup>; si Dinamarca decidiera, en cualquier momento, no hacer uso de esas prerrogativas, le serían aplicables automática e íntegramente las medidas adoptadas en desarrollo de Schengen, junto con cualesquiera medidas pertinentes al respecto adoptadas en el marco de la Unión Europea <sup>20</sup>.

#### **IV. LA SUPERACIÓN DE LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE LAS DISPOSICIONES DEL SIS Y EL DERECHO COMUNITARIO**

La Directiva 64/221 recoge las condiciones en virtud de las cuáles se puede restringir la libre circulación de los nacionales comunitarios en el interior de la Comunidad, así como la de sus cónyuges y miembros de su familia (art. 1). Concretamente, la Directiva se refiere a la restricción a la entrada en el territorio de un Estado miembro, la concesión o renovación del permiso de residencia o al abandono del territorio, por razones de orden público, seguridad y salud públicas (art. 2). La disposición comunitaria señala expresamente que las razones de orden público o de seguridad pública deberán fundamentarse en el comportamiento personal del individuo (art. 3.1), que la mera existencia de una condena penal no es, por sí misma, un motivo de restricción (art. 3.2), y que las únicas enfermedades o incapacidades que pueden justificar la denegación de entrada o la concesión del permiso de residencia son las que aparecen en el anexo de la Directiva (art. 4). Además, la Directiva exige que las razones de la restricción a la libre circulación se pongan en conocimiento del interesado, a menos que ello pueda atentar contra la seguridad del Estado (art. 6).

El CAAS, por su parte, establece en su art. 5 las condiciones que deben cumplir los nacionales no comunitarios para que su entrada en territorio comunitario pueda ser autorizada; de lo contrario, la entrada será denegada (salvo que por motivos humanitarios o de interés nacional el Estado miembro de que se trate decida lo contrario –art. 5.2-). Una de las condiciones que se exige es que tales individuos no estén inscritos en la lista de no admisibles del SIS (art. 5.1.b-). Lo mismo ocurre con la expedición de visado (art. 16).

##### **1. Las condiciones de inscripción en el SIS**

Respecto de la inscripción como *no admisible* en la lista del SIS conviene señalar dos cuestiones:

---

<sup>19</sup> Vid. art. 3 Protocolo Schengen y art. 5 Protocolo sobre Dinamarca.

<sup>20</sup> Vid. art. 7 Protocolo sobre la posición de Dinamarca. Vid. Bribosia, H., “Liberté, sécurité et justice: l’imbroglio d’un nouvel espace”, *RMUE*, 1998, n.º 1, págs. 49-50.



1.- La inscripción de los beneficiarios del Derecho comunitario en dicha lista resulta limitada en aplicación de la Declaración del Comité Ejecutivo Schengen de 18 de abril de 1996 <sup>21</sup>. En primer lugar, sólo pueden inscribirse los individuos pertenecientes a las categorías que allí se mencionan, entre las cuales se encuentran "los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea que posean la nacionalidad de un tercer Estado y que, en virtud de un acto adoptado en aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se beneficien del derecho de entrada y de residencia en un Estado miembro". En segundo lugar, la inscripción debe realizarse de conformidad con el Derecho comunitario y sólo en virtud de tal conformidad puede mantenerse.

2.- La inscripción por un Estado miembro de un individuo como *no admisible* en la lista SIS puede tener su origen en la amenaza para el orden público o la seguridad nacional del Estado que hace la inscripción. De modo concreto, el CAAS establece que ese puede ser el caso: "a) De un extranjero que haya sido condenado por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de un año como mínimo; b) De un extranjero sobre el cual existan razones serias para creer que ha cometido hechos delictivos graves, incluidos los contemplados en el artículo 71, o sobre el cual existan indicios reales de que piensa cometer tales hechos en el territorio de una Parte contratante" (art. 96.1). Sin embargo, no se exige que conste el motivo de la inscripción (art. 94.3).

Una vez expuesto el marco jurídico material en el que se enmarca el asunto sustanciado ante el TJCE, se analiza jurídicamente la posible incompatibilidad entre las disposiciones citadas.

De forma acertada el TJCE fija esta incompatibilidad en el concepto de *orden público*. Afirma el TJCE en su Sentencia que "el concepto de orden público en el sentido del artículo 2 de la Directiva 64/221 no se corresponde con el del artículo 96 del CAAS. En efecto, según este último artículo, una inscripción en la lista de no admisibles del SIS puede basarse en la amenaza para el orden público desde el mismo momento en que el interesado haya sido condenado por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de al menos un año [apartado 2, letra a)] o cuando haya sido objeto de una medida basada en el incumplimiento de la normativa nacional relativa a la entrada o a la residencia de extranjeros (apartado 3). A diferencia del régimen previsto en la Directiva 64/221, tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia, tales circunstancias justifican por sí mismas una inscripción, con independencia de la apreciación concreta de la amenaza

---

<sup>21</sup> DECLARACIÓN DEL COMITÉ EJECUTIVO de 18 de abril de 1996 relativa a la definición de la noción de extranjero [SCH/Com-ex (96) decl. 5]. DO L 239 de 22 de septiembre de 2000.

que represente el interesado” <sup>22</sup>. Efectivamente, como señala el TJCE, las razones de orden público, según el art. 3 de la Directiva deben fundamentarse, *exclusivamente*, en el comportamiento personal del individuo al que se aplican y, además, la existencia de una condena penal no es, por sí misma, un motivo que justifique dichas medidas. En definitiva, en aplicación de los arts. 5, 15 y 16 del CAAS un Estado puede negar a un nacional de un tercer Estado cónyuge de un nacional de un Estado miembro, la entrada y/o el visado por el solo hecho de estar inscrito en el SIS; por el contrario, aplicando la Directiva, la existencia de dichas condenas resulta indiferente siempre y cuando no constituyan una amenaza actual, real y suficiente para el orden público con causa en el comportamiento que dio a luz dicha condena <sup>23</sup>.

No obstante esta incompatibilidad inicial, el TJCE recuerda la existencia de la Declaración del Comité Ejecutivo Schengen de 18 de abril de 1996 en virtud de la cual los Estados se comprometen “a no inscribir en la lista de no admisibles a un beneficiario del Derecho comunitario más que en los supuestos en que dicha persona reuniese los requisitos exigidos”, “precisamente para prevenir ese riesgo” de permanecer fuera de los límites que marca la Directiva <sup>24</sup>. Concluye entonces el TJCE, y en lógica subordinación del Acervo Schengen al Acervo de la Unión <sup>25</sup>, que “un Estado contratante no puede efectuar la inscripción de un nacional de un Estado tercero, que sea cónyuge de un nacional de un Estado miembro, hasta que no se acredite que la presencia de esta persona constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad en el sentido de la Directiva 64/221” <sup>26</sup>. De ello puede desprenderse entonces, a *senso contrario*, que un Estado sólo puede realizar la inscripción en el SIS de un individuo nacional de un tercer Estado y cónyuge de un ciudadano de la Unión, cuando está acreditado que tal individuo constituye tal amenaza y en las condiciones que establece el Derecho comunitario.

---

<sup>22</sup> Párr. 48.

<sup>23</sup> Vid. párs. 44.<sup>a</sup> 47 y 49. Vid. igualmente, por ejemplo, STJCE de 28 de octubre, *Rutili*, as. 36/75, apartado 28; STJCE de 27 de octubre de 1977, *Regina vs. Boucherau*, as. 30/77, apartado 33; STJCE de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille*, As. Acs. 115/81 y 116/81, apartado 8; STJCE de 19 de enero de 1999, *Calfa*, As. C-348/96, apartado 21; STJCE de 14 mars 2000, *Église de Scientologie de Paris*, As. C-54/99, apartado 17; STJCE de 9 de marzo de 2000, *Comisión/Bélgica* As. C-355/98, apartado 28; STJCE de 29 de abril de 2004, As. Acs. C-482/01 y C-493/01, *Orfanopoulos y Oliveri*, Párs. 78 y 79.

<sup>24</sup> Pár. 51.

<sup>25</sup> Vid. *Supra*.

<sup>26</sup> Pár. 52.

Por tanto, parece claro que los Estados no pueden realizar la inscripción sin atender a las exigencias de la Directiva. De lo contrario, tales Estados miembros cometerían un incumplimiento de Derecho comunitario.

## 2. El funcionamiento del SIS

Precisamente porque los Estados no pueden efectuar la inscripción sin atender a las exigencias de la Directiva tal y como el TJCE ha manifestado, sorprende inicialmente que el TJCE exija a los Estados que *corroboren* que la presencia del individuo inscrito en el SIS constituye una "amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad" y considere que tal inscripción es un mero *indicio* de la existencia de motivos que justifiquen la denegación de la entrada en ese espacio y no una *prueba*. Dice el TJCE que es obligación de los Estados proceder a comprobar que efectivamente la amenaza señalada existe<sup>27</sup>.

Esto no es, desde luego, lo que recoge la letra del CAAS y el TJCE no explica la razón que subyace a este razonamiento. El TJCE está exigiendo a los Estados miembros una obligación que no aparece en el CAAS. Mientras según el CAAS la posibilidad de denegación de entrada o expedición de visado es *automática* una vez realizada la inscripción, presumiendo que ésta se ha realizado de conformidad con la Declaración del Comité Ejecutivo Schengen y, por tanto, de conformidad con el Derecho comunitario en vigor, el TJCE exige una *comprobación* previa de dicha conformidad; no existe presunción. La carga de la prueba recae sobre el Estado al que se realiza la solicitud, no sobre el Estado que realiza la inscripción. Prescinde, por tanto, el TJCE de presumir la conformidad de la inscripción con tal amenaza, cuando precisamente el CAAS hace todo lo contrario: permitir la automaticidad una vez hecha la inscripción, siempre y cuando el Estado de que se trate no opte por lo contrario en aplicación del art. 5.2 del CAAS.

Probablemente en el razonamiento del TJCE subyacen las palabras de la Abogada General Juliane Kokott en sus Conclusiones, según la cual cuando la inscripción en el SIS es ilícita "la aplicación de la inscripción perpetuaría la vulneración previa del Derecho comunitario cometida por el Estado informante y, al mismo tiempo, daría lugar a nuevas infracciones jurídicas"<sup>28</sup>. No obstante, esto no justifica por sí solo, en mi opinión, que se considere un incumplimiento dicha aplicación. Ello supondría trasladar la responsabilidad

---

<sup>27</sup> Pár. 53.

<sup>28</sup> Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 10 de marzo de 2005, pár. 47.

del incumplimiento de un Estado sobre otro que simplemente actúa de buena fe y en aplicación del Derecho establecido.

Otra cosa es (cuestión que, por cierto, prescinde de explicar el TJCE), en mi opinión, que el SIS, como destaca la Abogada General, carece de un mecanismo capaz de garantizar que la inscripción realizada en un momento determinado conforme a Derecho comunitario y, por tanto, lícita, pueda seguir siéndolo en el momento en que debe ser tomada en cuenta por los Estados que deben tomar la decisión de entrada o concesión de asilo <sup>29</sup>. El Estado que realiza la inscripción debería comprobar *continuamente* dicha legalidad, cuestión ésta que, en la práctica, se hace bastante complicada <sup>30</sup>. Esto es lo que justifica que no pueda considerarse que la inscripción en el SIS sirva como *indicio suficiente* de que concurren los requisitos del Derecho comunitario para que los Estados miembros puedan adoptar medidas restrictivas de la libre circulación por razones de orden público y seguridad y se exija que el Estado que toma una decisión sobre la entrada en su territorio o la emisión de visado de un individuo compruebe que, efectivamente, se cumplen las condiciones que establece el Derecho comunitario y no actúe automáticamente <sup>31</sup>.

Por tanto, la imposibilidad de utilizar la inscripción en el SIS de forma automática como razón orden público y seguridad para impedir la entrada o denegar el visado a un beneficiario de la libre circulación de personas en Derecho comunitario se encuentra en que este mecanismo, tal y como funciona actualmente, y aunque pueda presumirse la amenaza real y grave que afecte a un interés fundamental del Estado miembro, es incapaz de garantizar por sí mismo, que los sujetos inscritos constituyan tal amenaza con carácter *actual*, que afecte a un interés fundamental de la sociedad y, por tanto, es incapaz de garantizar la compatibilidad con el Derecho comunitario. Con la exigencia de *comprobación*, el TJCE instaura un mecanismo para asegurar que la negativa de un Estado a la entrada en su territorio de un nacional de un Estado miembro que se beneficia del Derecho comunitario, o la negativa para la obtención de un visado, es conforme con el acervo de la Unión tal y como exige la propia naturaleza del acervo Schengen y su Protocolo.

La nueva Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004, aplicable desde el 29 de abril de 2006, relativa al Derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias a

---

<sup>29</sup> Conclusiones, cit. párs. 48.

<sup>30</sup> Conclusiones, párs. 49 a 51.

<sup>31</sup> Conclusiones, párs. 52 y 55.

circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros<sup>32</sup> que deroga (entre otras disposiciones) la Directiva 64/221, recoge en su art. 27.2.2.º p.º la necesidad de que las limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad y salud pública se basen exclusivamente en la conducta del individuo y que ésta *constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave*, exigencia que, hasta el momento no aparecía en textos de Derecho positivo, sino sólo en la jurisprudencia del TJCE. Añade, además, que “No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”. Pero lo más me interesa destacar es que en el art. 27.3 la nueva disposición se refiere a la comprobación por parte del Estado de esas condiciones, de modo que el Estado interesado puede “cuando lo juzgue indispensable, pedir al Estado miembro de origen y, en su caso, a otros Estados miembros información sobre los eventuales antecedentes penales de un interesado”. Además, se exige que los Estados miembros, antes de tomar una decisión de expulsión, tengan en cuenta “en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen” (art. 28.1) y se determina que “las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales” (art. 29.1).

Por tanto, la nueva Directiva subraya la necesidad de la existencia de una amenaza real, actual y suficiente y establece y confirma la ausencia de automaticidad y discrecionalidad en la decisión del Estado de que se trate.

## **V. EL CONTROL DEL TJCE SOBRE EL ACERVO SCHENGEN**

El control que el TJCE puede ejercer sobre el Acervo Schengen viene condicionado por su carácter de integración diferenciada. Esto significa que, como en el caso de cualquier otra integración diferenciada, el alcance del control del TJCE al respecto, está condicionado por la confluencia de tres factores: a) cualquier integración diferenciada funciona esencialmente como un calco de la Unión; b) la integración diferenciada está subordinada al Acervo de la Unión; c) el origen de la integración diferenciada: de Derecho originario o de Derecho derivado.

---

<sup>32</sup> DO cit.

## **1. El funcionamiento de la integración diferenciada como calco de la Unión**

Como he dicho antes, un sistema de integración diferenciada funciona como un calco del sistema de la Unión con las peculiaridades propias que supone un sistema del que no forman parte la totalidad de los Estados miembros.

Una de estas peculiaridades se traduce en que el Consejo va a ver alteradas sus reglas de funcionamiento para la adopción de actos en el marco de una integración diferenciada produciéndose un reajuste en la ponderación de votos en su seno. Concretamente, en el caso de Schengen, se produce una reponderación de los votos teniendo en cuenta la no participación, en principio, de los representantes del Reino Unido e Irlanda <sup>33</sup> y, en su caso, de Dinamarca <sup>34</sup>, pero guardando la proporción existente entre los demás Estados miembros.

El resto de las instituciones y órganos comunitarios, incluido el TJCE, no sufren alteración alguna en el marco de la integración diferenciada <sup>35</sup>. Por tanto, se mantiene el marco institucional único de la Unión. Esto significa, en lo que nos interesa destacar ahora, que el TJCE desarrollará en el marco de la integración diferenciada idénticas funciones a las que viene desarrollando en el marco de la Unión Europea en sentido estricto, aunque tales funciones se adapten a la integración diferenciada: el TJCE garantizará el respeto del Derecho de la integración diferenciada. Por tanto, en el marco de la integración diferenciada, el TJCE tendrá las mismas competencias consultivas, contenciosas y prejudiciales de que disfruta respecto del Derecho de la Unión Europea. Esto supone, por tanto, que el TJCE es competente para declarar, por ejemplo, el incumplimiento por un Estado miembro de las disposiciones de la integración diferenciada, así como para controlar la legalidad de los actos adoptados en ese marco, y para interpretar sus disposiciones.

## **2. La subordinación de la integración diferenciada al acervo de la Unión**

Ya he dicho con anterioridad que la naturaleza de toda integración diferenciada en la Unión Europea exige su subordinación al acervo de ésta. Esto significa que toda integración diferenciada debe ser coherente con el acervo de la Unión. Esa exigencia es la que explica que el TJCE haya optado en el as. 503/03 por esforzarse en alcanzar una interpretación conforme del Acervo Schengen con el Acervo de la Unión Europea.

---

<sup>33</sup> Art. 1 Protocolo Reino Unido e Irlanda.

<sup>34</sup> Art. 1 Protocolo Dinamarca.

<sup>35</sup> Es el caso del Comité de las Regiones y del Comité Económico y Social.

No obstante, en este caso el TJCE supera su mero papel de intérprete del Derecho y crea una obligación para los Estados miembros que se constituye, si es ejecutada correctamente, en garante de la coherencia entre Acervo Schengen y Acervo de la Unión. Aunque esta *interpretación* del TJCE puede resultar criticable en cuanto que podría opinarse que el TJCE podría haberse extralimitado en el ejercicio de sus funciones, lo cierto es que en caso de que el TJCE hubiera optado por declarar el incumplimiento de España sobre la base de la incompatibilidad del SIS con el Acervo de la Unión, las consecuencias hubieran supuesto la imposibilidad de utilizar el SIS, columna vertebral del sistema Schengen y elemento clave en la profundización del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión. Si se me permite la expresión, probablemente hubiera sido peor el remedio que la enfermedad.

En cualquier caso, más allá del modo en que el TJCE resuelve la cuestión, es evidente cómo, para el TJCE los derechos y libertades fundamentales prevalecen, a día de hoy, sobre la seguridad y la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

### **3. El origen de la integración diferenciada: de Derecho originario o de Derecho derivado**

Teniendo en cuenta que la integración diferenciada funciona como un calco de la Unión Europea y teniendo en cuenta que la integración diferenciada está subordinada al Acervo de la Unión Europea, en caso de duda sobre la compatibilidad del Acervo de la integración diferenciada con el Acervo de la Unión Europea, lo lógico es utilizar los mecanismos tradicionales de control de la legalidad del Derecho de la Unión Europea, ya sea a iniciativa de las instituciones, los Estados miembros o particulares, de conformidad con las disposiciones establecidas al efecto: recurso de anulación (art. 230 TCE), excepción de ilegalidad (art. 241 TCE) y cuestión prejudicial de validez (art. 234 TCE).

La posibilidad de que un Estado miembro ajeno a la integración diferenciada haga uso de los mecanismos jurisdiccionales previstos en el Tratado, con la finalidad de garantizar la legalidad del desarrollo de tal integración diferenciada, queda limitada al recurso de anulación, y en un solo caso: la presunta incompatibilidad de la integración diferenciada con el Acervo de la Unión existente; es decir, cuando presuntamente tal integración diferenciada no responda a una mayor integración *sobre la integración* <sup>36</sup>, es decir, cuando la integración diferenciada no sea compatible con el Acervo de la Unión.

---

<sup>36</sup> Planteando esta cuestión vid. Bribosia, H., "De la subsidiarité...", op. cit., pág. 71; "Différentiation et avant-gardes...", op. cit., pág. 82.

En el caso del Acervo Schengen, sin embargo, la utilización de cualesquiera de los mecanismos de control de la legalidad citados se hacía imposible. La razón está en que este Acervo Schengen no es, hoy por hoy, Derecho derivado, ni de la Unión Europea ni de la integración diferenciada. Como ya he indicado anteriormente, este Acervo Schengen como acervo de la integración diferenciada tiene como particularidad que se ha integrado en la Unión Europea mediante el Derecho originario, concretamente mediante un Protocolo anejo al Tratado. Además, conviene señalar que el objeto de la determinación de la base jurídica de las distintas disposiciones de este Acervo, a lo que se refiere el art. 2 del Protocolo Schengen, sólo sirve a las iniciativas futuras que vienen a completar o modificar las disposiciones de Schengen, y a la identificación del mecanismo de incorporación a ello por Estados miembros en principio ajenos; no parece que sea objeto de esa determinación, la adaptación *ab initio* del Derecho Schengen como si se tratara de Derecho derivado (directivas, reglamentos, etc.), disponiendo de su fuerza y valor jurídico; sólo una transformación posterior de este acervo por los procedimientos previstos lo permitiría<sup>37</sup>. Por estas razones, no se hace posible interponer un recurso de anulación contra tales disposiciones y, en particular, contra los artículos relativos al SIS, ni tampoco es posible utilizar ninguno de los otros mecanismos de control de la legalidad habituales en Derecho comunitario.

La única posibilidad es el recurso por incumplimiento. Como acabamos de ver en este asunto 503/03, el recurso por incumplimiento se convierte, indirecta e involuntariamente (pues desde luego no está previsto para ello), en un mecanismo indirecto del control de la legalidad de la integración diferenciada introducida en los Tratados mediante el Derecho originario, lo que no deja de ser una novedad importante. En consecuencia, de alguna manera, se está controlando indirectamente también la revisión de los Tratados realizada por los Estados miembros, en cuanto que, en caso de que se detectara una incompatibilidad insalvable entre las disposiciones de integración diferenciada introducidas mediante el Derecho originario por una revisión de los Tratados y el Acervo de la Unión Europea, aquéllas resultarían inaplicables.

---

<sup>37</sup> Piçarra, N., "La mise en oeuvre du Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union Européenne: règles et procédures". En Den Boer, M., *Schengen's final days? The incorporation of Schengen into de new TEU, external borders and information systems*, EIPA, Maastricht, 1998, págs. 45-46). En la misma línea vid. Bribosia, H., "De la subsidiarité...", op. cit., págs. 73-74.



## **VI. CONSIDERACIONES FINALES**

La Sentencia del TJCE de 31 de enero de 2006, en el As. 503/03 aporta novedades importantes para la comprensión del sistema integración y su futuro, particularmente en lo que se refiere al desarrollo de las integraciones diferenciadas.

En primer lugar, mediante esta Sentencia el TJCE se pronuncia sobre el incumplimiento de un Estado y lo declara no obstante, en principio, el Estado miembro actúa de conformidad con una disposición enmarcada en el Tratado de la Unión Europea. El TJCE realiza tal declaración confirmando, por primera vez, la prevalencia del Derecho de la Unión Europea en sentido estricto, aplicable a todos los Estados miembros, sobre el Derecho de la integración diferenciada, concretamente el que tiene su origen en las cooperaciones reforzadas y, particularmente, el Derecho Schengen. El TJCE confirma dicha prevalencia, en aplicación de la letra del Tratado (art. 43 TUE) y del Protocolo Schengen (Preámbulo y art. 1).

En segundo lugar, el TJCE en este caso no sólo confirma la prevalencia señalada, sino que procede a interpretar, por primera vez, el Derecho de las cooperaciones reforzadas. Hasta entonces, el TJCE no había tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto. Además, el TJCE se esfuerza por alcanzar una interpretación conforme de la cooperación reforzada con el Acervo de la Unión Europea hasta el punto de desprender obligaciones jurídicas para los Estados miembros allí donde inicialmente no existían.

En tercer lugar, con este pronunciamiento podría concluirse que el recurso por incumplimiento puede servir, en casos como este, como mecanismo indirecto de control de la legalidad de las disposiciones de integración diferenciada, integradas en el sistema de la Unión Europea mediante el Derecho originario, esto es, mediante una revisión de los Tratados. En este sentido, podría controlarse no sólo la legalidad de tales actos, sino la revisión de los Tratados.

En cuarto lugar, se confirma que los derechos y libertades fundamentales reconocidos por el Derecho comunitario constituyen un límite prácticamente infranqueable para la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, cuestión esta de especial trascendencia en unos momentos como los actuales en los que en pro de la lucha contra el terrorismo internacional no sólo están en juego libertades o derechos específicos sino el fundamento filosófico y político que garantiza los derechos fundamentales, esto es, su universalidad.